V.

Ueber die Zulässigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungs-Statt.

Von Franke.

§. 1.

Bei unsern Schriftstellern finden sich über diese Rechtslehre gar verschiedene Ansichten. In den Quellen dagegen finden wir über die Hauptpuncte sehr klare Aussprüche, nur über einzelne Fragen schwankende, über andere gar keine Andeutungen. Einige Stellen sind von der communis opinio der älteren Schriftsteller regelmäßig falsch verstanden, und aus diesen Stellen ist früher eine Doctrin aufgebauet, welche, so unbegründet und unbrauchbar für die Anwendung sie auch ist, sich doch durch Tradition noch erhalten hat. Bei einer neuen Untersuchung dieser Lehre ist es deshalb unerläßlich von den allgemeinen Rechtsprincipien, auf denen diese Klage beruhet, und den rechtlichen Zuständen, für welche sie eingeführt war, auszugehen. Dieses ist nothwendig, nicht bloß zum sichern Verständniß der Quellen, sondern auch um Entscheidungsnormen für die daselbst nicht ausdrücklich entschiedenen Fälle zu finden.

Unsere Klage [1]) setzt im Allgemeinen voraus, daß der Schuldner eine Veräußerung vornahm, um dadurch seinen Gläubigern einen Bestandtheil seines Vermögens zu entziehen,

1) Ueber die Natur der Klage verweise ich im Allgemeinen auf von Schröter's Untersuchungen in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. VI. Heft 1. S. 131 – 139.

und mit dem Bewußtseyn, daß er diese dadurch verkürze. Sie erfordert ferner, daß derjenige, welcher hierdurch etwas aus des Schuldners Vermögen übertragen erhielt, diese bösliche Absicht des Schuldners kannte. Sodann kann er, als Theilnehmer dieser böslichen Absicht, belangt, und die Veräußerung rescindirt werden. Ein Mehreres aber können wir in seiner Person nicht verlangen, als daß er jene Absicht des Schuldners kannte. Von einem weiteren Dolus desselben ist nirgend die Rede, sondern nur von dieser Wissenschaft. Die Edictsworte selbst geben die Klage gegen den »qui fraudem non ignoravit,« sie gestatten sie »eo sciente« [2]). Und wenn auch Ulpian zu diesen Worten anmerkt, sie seyen so zu verstehen »eo sciente et fraudem participante,« so erläutert er selbst dieses sogleich dahin, daß es nicht genüge, wenn derselbe bloß im Allgemeinen wisse, daß der Veräußerer Schulden habe, sondern er müsse die „conscientia *fraudis*“ haben, und so als Theilnehmer am Betrug des Schuldners erscheinen [3]). Am wenigsten aber darf man erfordern, daß der Erwerber die Absicht habe, sich selbst zu bereichern zum Nachtheil der Gläubiger seines Veräußerers. Diese Absicht kann freilich in einzelnen Fällen vorhanden seyn, namentlich ist dieß möglich, wenn Jemand eine Sache unter ihrem Werthe vom Schuldner verkauft erhält und wer von einem Insolventen vor dem wirklichen Ausbruch des Concurses etwas kauft und nach dem wahren Werthe bezahlt, ist in der Regel gegen jede Klage gesichert. Wie aber, wenn der Insolvente deshalb seine besten Sachen veräußerte, um nächstens sich für insolvent zu erklären, und um zuvor den Kaufpreis für sich an einem dritten Orte in Sicherheit zu bringen? Wenn dieses der Käufer wußte, und in dieser „conscientia fraudis“

---

2) l. 1. pr. l. 10. pr. D. quae in fraud. credit. (42. 8). Ebenso in l. 6. §. 8—12. l. 7. l. 9. 14. 25. pr. §. 3. D. h. t.

3) l. 10. §. 2. 4. D. h. t.

kaufte, so ist er ohne Zweifel als Theilnehmer am Betrug der Klage unterworfen, selbst wenn er die Sachen über ihren Werth bezahlt haben sollte. Denn „hoc edictum *coërcet*, qui *sciens*, eum in fraudem hoc facere, suscepit quod in fraudem creditorum fiebat“ [4]). — Und er bekommt den Kaufpreis nur restituirt, wenn dieser sich in der Concursmasse vorfindet.

Wer aber eine Schenkung aus des Schuldners Vermögen erhielt, bei dem kommt es gar nicht auf seine Bekanntschaft mit der arglistigen Absicht des Schuldners, ja überhaupt nicht darauf an, ob er weiß, daß der Schenker überall Schulden hat; sondern die Klage ist begründet, sobald der Schenker die Absicht hatte, diese Sache seinen Gläubigern zu entziehen. Dafür haftet aber der Beschenkte, wenn er in bona fide war, auch nur, so weit er bereichert ist. — Es ist aber nicht unwichtig, nach dem Grunde dieses Satzes zu fragen. Als solchen gibt Ulpian an: „nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, *cum lucrum extorqueatur*, non damnum infligatur.“ [5]) Deshalb müssen wir aber, um diesen Rechtssatz anzuwenden, auch erfordern, daß eine Schenkung im rechtlichen Sinne des Wortes vorhanden sey, d. h. mit Liberalität, wodurch der Schenker sein vorhandenes Vermögen vermindert, und zugleich das des Empfängers positiv vermehrt, indem nur wegen dieser Vermögensvermehrung die Pauliana in diesem Fall für zulässig erklärt ist. Wie streng dieser Grundsatz von den Römern angewendet wurde, zeigt insbesondre die l. 25. pr. D. h. t. Hier wird die Frage erörtert, inwieweit eine durch acceptilatio eingegangene Schenkung gegen den dadurch liberirten Schuldner und den ebenfalls dadurch befreieten Bürgen durch die Pauliana angefochten werden könne. Die Entscheidung gehet dahin, daß der

4) l. 6. §. 8. D. h. t.

5) l. 6. §. 11. D. h. t.

Hauptschuldner jedenfalls hafte, der Bürge aber nur, wenn ihm die arglistige Absicht seines Gläubigers bekannt war, „quoniam magis detrimentum non patitur quam lucrum faciat.“ Weil also der Bürge, wie unsere Schriftsteller sagen würden, nur de damno vitando certirt, und für ihn eigentlich keine wahre Bereicherung anzunehmen ist, so haftet er auch nur, im Fall er den Dolus des Schuldners kannte, wiewohl er von einer Verbindlichkeit befreiet ist, und dieses durch einen s. g. lucrativen Titel, indem von einer Gegenleistung für seine Befreiung gar keine Rede ist. Diese Entscheidung hätte diejenigen Schriftsteller, welche die Zahlungen oder mindestens Verpfändungen, weil auch hier keine wahre Gegenleistung vorkommt, in dieser Lehre unbedenklich den Schenkungen gleich gestellt haben, darauf aufmerksam machen sollen, wie sehr dieses von den Ansichten unseres positiven Rechts abweicht. Denn unsere Schriftsteller unterscheiden hier häufig zwischen einem lucrativen Titel und einem onerosen, und gestatten, sobald der Rechtsact ohne eine wirkliche Gegenleistung erfolgte, die Pauliana ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte den Dolus des Schuldners kannte. Ganz anders unsere Quellen, sie erfordern als Regel die Wissenschaft des Beklagten, und lassen eine Ausnahme nur zu bei wahren Schenkungen, wodurch das Vermögen des Beklagten wirklich vergrößert ist, und dieses ist etwas ganz Anderes [6]).

Zu den weiteren Erfordernissen der Klage zählt man meistens, es müsse der Veräußerer insolvent seyn zur Zeit der Veräußerung. Aber man sagt richtiger, entweder muß der Veräußerer schon früher insolvent seyn, oder es werden durch gerade diese Veräußerung [7]). Dieses ist vornämlich wichtig,

---

6) l. 1. l. 6. §. 8. 11. D. h. t.

7) „In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est, vel datis liberta-

wenn Jemand, dessen Schulden noch durch seine Güter hinreichend gedeckt sind, sein ganzes Vermögen oder doch so viel davon wegschenkt, daß er, der seine Schulden für sich behielt, dadurch selbst seine Insolvenz herbeigeführt hat, ein Fall, für den Julian in l. 17. §. 1. D. h. t. die Pauliana für begründet hält, und selbst, unter der Voraussetzung, daß der Schenker seine Schulden kannte und doch sein ganzes Vermögen wegschenkte, dessen bösliche Absicht präsumirt [8]).

Für unser jetziges Recht ist es freilich ausgemacht, daß durch die Eröffnung des Concurses dem Schuldner die Fähigkeit über das vorhandene Vermögen zu disponiren, sofort entzogen ist, weshalb bei späteren Veräußerungen von der Pauliana keine Rede ist, sondern die Sachen vindicirt, Gelder außerdem condicirt werden können. Die meisten Schriftsteller haben kein Bedenken getragen, diesen Satz, weil er ihnen für das jetzige Concursverfahren als nothwendig erschien, ebenso auch für das Römische Recht zu behaupten. Jedoch hat man dieses meistens mehr vorausgesetzt, als zu beweisen gesucht. Andere dagegen haben den Römern jedes Concursverfahren abgesprochen [9]), und diese mußten natürlich zu einem andern Resultate gelangen. Ein Concursverfahren hatten aber die Römer ohne alle Frage, nur nicht das unsrige. Denn ein Concursverfahren ist vorhanden, sobald eine Mehrheit von Gläubigern sich aus einer insolventen Vermögensmasse zu befriedigen sucht, und durch diese Concurrenz ein eigenthümliches Verfahren zum Zweck einer ordnungsmäßigen Befriedigung veranlaßt wird. Ein solches Verfahren, verschieden von dem gewöhnlichen Exe-

---

tibus desiturus est solvendo esse. l. 10. D. qui et a quibus manum.» (40. 9).

8) «— qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse —»

9) Schweppe System des Concurses §. 4 (in den beiden ersten Ausgaben).

cutionsverfahren, fand aber bei den Römern Statt, wenn wir auch über viele Dinge, z. B. das Verfahren über die Priorität, ebenso auch über das Liquidationsverfahren, wenn der Schuldner fraudationis causa latitabat, sichere Nachrichten nicht haben, indem die Compilatoren hiefür aus den Schriften der Juristen bei dem veränderten Prozeßgang nichts Brauchbares excerpiren konnten, und es ja für das spätere Recht Schriften überall nicht gab [10]). Auch eine gewisse Universalität des Verfahrens ist nicht zu verkennen. Freilich wurden nicht sämmtliche Gläubiger edictaliter citirt, aber das Verfahren zum Besten der aufgetretenen Gläubiger hatte doch das ganze Vermögen des Schuldners zum Object, welches im älteren Recht durch die venditio bonorum sogar als universitas auf den Käufer als Universalsuccessor übertragen wurde. Die wichtigste Abweichung von unserm Verfahren war aber, daß die Pfandgläubiger sich nach wie vor, jeder aus eigenem Recht und zu eigenem Besten, durch Vindication und Veräußerung der Pfänder befriedigten, so daß (da es absolut privilegirte Forderungen im ganzen Römischen Recht nicht gab, und wegen jener separirten Befriedigung der Pfandgläubiger nicht geben konnte) der Concurs nur die Chirographarien, mit

10) Nur bei den Schulden eines filiusfamilias oder Sklaven gab es — außer im Fall der tributoria actio — gar kein Concursverfahren, da bei der actio de peculio, im Fall das Peculium nicht hinreichte zu aller Gläubiger Befriedigung, der Grundsatz galt, occupantis melior est conditio, wonach derjenige vorging, welcher zuerst ein condemnatorisches Urtheil erwirkte, l. 10. D. de peculio (15. 1). Nur wurden doch Privilegien hiebei berücksichtigt, so daß wegen einer privilegirten Forderung bis zu deren Entscheidung das Verfahren über einfache Forderungen ausgesetzt werden konnte. l. 12. pr. §. 1. D. de peculio. Hiernach aber scheint es mir nicht zweifelhaft, daß bei jedem insolventen Schuldner ähnliche Grundsätze angewandt, namentlich wegen privilegirten Forderungen die Execution einfacher Forderungen vom Prätor verweigert, und somit das Concursverfahren herbeigeführt werden konnte.

Einschluß der mit einem privilegio exigendi versehenen Forderungen, umfaßte. Das Verfahren selbst wurde dadurch eingeleitet, daß diesen Gläubigern eine, von den gewöhnlichen bloß custodiae causa ertheilten Missionen sehr verschiedene, missio in bona debitoris ertheilt wurde, verschieden dadurch, daß sie nicht sowohl zum Zweck der custodia, sondern zum Zweck der Veräußerung der Güter ertheilt wurde. Diese missio venditionis causa konnte nach Gajus — die Pandecten geben nirgend eine Zusammenstellung — in folgenden Fällen vorkommen, erstens im Fall ein erbloser Nachlaß da war, ferner, wenn der Schuldner, um seinen Gläubigern sich zu entziehen, namentlich um dem Schuldgefängniß zu entgehen, sich absichtlich versteckt hielt, ebenso, wenn er bonis cedirte, endlich wenn er verurtheilt war, und nach der gesetzlichen, den Verurtheilten vergönnten Frist nicht zahlte [11]. Beschränken wir uns aber auf die Frage, welchen Einfluß diese Mission auf die Dispositionsfähigkeit des Schuldners hatte, so ist kein Rechtsgrund vorhanden, durch den man berechtigt wäre, jede spätere Veräußerung des Schuldners für ipso jure nichtig zu erklären. Wir finden nirgend in den Quellen eine Andeutung davon, daß in der Gewährung der missio zugleich eine interdictio bonorum enthalten sey, oder daß beides nur pflegte mit einander verbunden zu werden. Es ist schwer zu erklären, wie noch Schrader [12] die Nichtigkeit einer solchen Veräußerung darauf stützen mochte, daß Jeder, dem bonis interdicirt sey, nicht gültig veräußere, denn Beides sind an sich ganz verschiedene Dinge. Dagegen finden wir klare Stellen in den Pandecten, welche gegen Veräußerungen nach geschehener Immission die Pauliana gestatten [13], und ein Grund, diese Stellen für Ausnahmen zu

---

11) Gajus III. 77. 78.

12) In den Noten zu §. 6. J. de action.

13) l. 6. §. 7. l. 10. §. 16. D. h. t. — Dahin gehört wohl auch l. 9.

erklären, existirt nicht. Auch in einer etwaigen cessio bonorum liegt kein Grund, die Nichtigkeit der späteren Veräußerung zu behaupten. Denn die cessio bonorum ist anerkannt nie eine in jure cessio gewesen, sie übertrug kein Eigenthum, sondern ist — abgesehen von ihren Folgen für die Person des Schuldners und ihren Erfordernissen — an sich nichts als die Erklärung, daß man sein Vermögen zur Befriedigung den Gläubigern anheimstelle [14]. Dadurch aber ist eine Veräußerung rechtlich keineswegs unmöglich geworden, so wenig wie dadurch, daß man durch Vertrag zur Übertragung einer Sache sich verpflichtete, es unmöglich geworden ist, dieselbe Sache noch einem Andern zu eigen zu geben.

Dennoch aber war bei den Römern für die Sicherheit der Gläubiger ziemlich gesorgt, und besser als man hiernach anzunehmen geneigt seyn dürfte. Zuvörderst konnten sie den Schuldner in den Schuldthurm bringen; wenn er aus Furcht vor diesem (wie Justinian irgendwo sagt, severiores creditores formidans) die Flucht ergriff, so war freilich, wenn er die mit entführten Sachen veräußerte, die Pauliana das einzige Rechtsmittel, welches in diesem Fall auch in l. 10. §. 16. D. h. t. vorkommt. Durch das Decret, welches die Immission ertheilte, waren auch die Gläubiger gegen Veräußerungen des Schuldners keineswegs gesichert: denn auch das prätorische Pfandrecht entstand nicht durch das Decret, sondern durch die wirkliche Besitzesergreifung [15]. Aber die Gläubiger konnten doch nach dem Decret sofort sich in den Besitz setzen, oder vom Magistrat, ohne weiteres Verfahren, manu

D. h. t., da die Florentiner Lesart: «Is qui a debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem emit» — sicher für die richtige zu halten ist, indem das «sciens» nur durch Beziehung auf «bona possessa» einen Sinn hat, und ohne alle Beziehung stehet, sobald man «bona possessa non sunt» lieset.

14) l. 3. 9. D. de cess. bonor. 42. 3.

15) l. 26. §. 1. D. de pignor. act. (13. 7.)

militari in den Besitz eingesetzt werden [16]). Sobald sie aber im Besitz der Güter sich befanden, so war theils dem Schuldner die Veräußerung dieser Güter factisch unmöglich geworden, da er sie nicht übertragen konnte. Und ferner verstand sich von selbst, daß aus jetzt erst abgeschlossenen Geschäften des Schuldners eine Klage gegen die besitzenden Gläubiger auf Herausgabe dieser Güter nicht Statt fand [17]). Aber bei allen Sachen, welche der Schuldner dem Besitz seiner Gläubiger vorenthalten, und so — wenn gleich erst später, nachdem die Immission ertheilt, und die Gläubiger schon im Besitz aller übrigen Güter waren — an Dritte veräußert hatte, war die Pauliana das einzige Rechtsmittel der Gläubiger. Diese Klage mußte jedoch hier für begründet gehalten werden, sobald der Erwerber wußte, daß die Immission ertheilt war, und dann doch von dem Schuldner kaufte, und nicht von den zum Verkauf jetzt berechtigten Gläubigern, so daß diese Klage doch in den meisten Fällen wird ausgereicht haben.

Hiernach würde ich die Klage am liebsten so characterisiren: es sollte durch sie der curator bonorum (dem sie vorzugsweise im Edict versprochen war) die Vermögenstheile, welche der Schuldner dem Besitze der Gläubiger — sey es vor oder nach decretirter Immission — zu entziehen gesucht, und deshalb an Dritte veräußert hatte, zur Concursmasse zurückforderu.

§. 2.

Bei der Frage, ob überhaupt und in wie weit diese Sätze Anwendung erleiden auf die Bezahlung einer wirklichen Schuld, oder andere Handlungen zur Befriedigung eines Gläubigers, wie Hingabe an Zahlungs Statt und Pfandbestellung, sind die Römischen Juristen so gut, wie die unsrigen, im Zweifel gewesen, jedoch in ganz anderen Beziehungen. Daran nämlich hat kein Römer gedacht, daß dem Gläu-

16) l. 3. pr. D. Ne vis fiat ei qui in poss. (43. 4.)

17) l. 8. §. 1. D. de rebus auctor. judic. poss. (42. 5.)

biger durch die Zahlung oder Pfandbestellung eine Schenkung gemacht, und daß deshalb die Pauliana begründet sey, sobald nur der Schuldner dadurch diesen Gläubiger begünstigen wollte. Es ist vielmehr schon oben nachgewiesen worden, daß sie selbst den Bürgen, welcher durch acceptatio seines insolventen Gläubigers zum Nachtheil der Gläubiger des Letztern liberirt war, nicht einem Beschenkten gleich behandelten, sondern die Pauliana gegen den Bürgen, der die Arglist des Schuldners nicht gekannt hatte, nicht zuließen. Es fehlt auch bei der Bezahlung von Schulden, und ebenso bei der Pfandbestellung und datio in solutum, an Allem, was zum rechtlichen Begriff der Schenkung nothwendig ist. Es ist keine Vermögensverminderung auf Seiten des Schuldners, keine Vermehrung des Vermögens auf Seiten des Gläubigers vorhanden, es ist überhaupt von keiner Handlung der Liberalität hierbei die Rede. Die Römischen Juristen waren vielmehr darüber im Zweifel, ob überhaupt diese ganze Lehre auf Zahlungen anwendbar sey, und namentlich Labeo meinte, daß hier von der Pauliana gar keine Rede (auch nicht nach geschehener Immission) seyn könnte, da das ganze Edict sich nicht auf Zahlungen, als auf welche der Empfänger ein jus quaesitum habe, sondern nur auf Contracte beziehe [18]), und auch noch Julian und Ulpian meinten, daß vor Eröffnung des Concurses geleistete Zahlungen gegen jede Anfechtung gesichert seyn müßten [19]).

Ganz anders lautete die ehedem communis opinio doctorum. Diese ging davon aus, nicht allein dürfe der Schuldner keinen Gläubiger vor anderen begünstigen, sondern es sey auch das »per gratificationem« Gezahlte der Pauliana ohne

---

18) . . . totum hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se Praetor non interponit. l. 6. §. 6. D. h. t.

19) Sciendum, Julianum scribere eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum. l. 6. §. 7. D. h. t.

weitere Rücksicht auf bona oder mala fides des Empfängers unterworfen. Ebenso behandelte man Verpfändung und Hingabe an Zahlungs Statt, durch welche vor Ausbruch des Concurses ein Gläubiger als begünstigt erschien. Eine Gratification aber nahm man an, sobald ein Verschuldeter beim Andringen mehrerer Gläubiger nicht diese gleichmäßig, sondern entweder einen ganz andern, oder nur einen der s. g. wachsamen Gläubiger befriedigte. Ferner aber unterschied man mehrere Stufen der Wachsamkeit, und gab dem, welcher noch wachsamer sey als andere, ebenfalls mahnende und andringende Gläubiger, wiederum ein Vorrecht vor diesen übrigen, so daß, wenn der Schuldner einen dieser übrigen befriedigte, derjenige, welcher am häufigsten gemahnt oder am schleunigsten geklagt, durch sein stärkeres Auftreten sich die actio Pauliana gegen den, welcher sanfter auftrat und vielleicht nur höflich um Bezahlung nachsuchte, erworben und gleichsam herausgepocht hätte [20]).

Lassen wir zuerst die Richtigkeit der Vordersätze dieser Theorie dahingestellt seyn, so ist doch soviel klar, daß das Ergebniß dieser Theorie kein sehr zweckmäßiges und practisch brauchbares ist. Wie kann das mehr oder minder heftige Andrängen eines Gläubigers — und nur dieses allein — ihm die actio Pauliana gegen Dritte verschaffen [21]). Es führt

20) **Stryk** de cautel. contractuum Sect. IV. cap. I. §. 10. **Struv** Synt. exerc. 40. th. 80. **Wernher** observ. for. T. III. obs. §. 147. **Lauterbach** Coll. theor. pract. lib. 42. tit. 8. §. 18. **Happel** Erörterung der beim Concurse vorkommenden wichtigsten Gegenstände. S. 154 flgde. Note *). **Dabelow** ausführl. Entw. der Lehre vom Concurse. S. 425—439. **Günther** Princ. jur. Rom. T. II. §. 1257. **Mackeldey** Röm. Privatrecht §. 758. **Kori** System des Concursprocesses B. I. §. 44. **Schweppe** System des Concurses §. 63 (in der 1. und 2. Ausg.) **Gottschalk** sel. disceptat. forens. T. I. cap. 36. und Andre mehr.

21) Mit voller Gewißheit weiß ich allerdings nicht zu sagen, wie alle jene Schriftsteller die verschiedenen Grade der Wachsamkeit eines

aber diese Theorie dahin, daß man jedem Gläubiger eines Mannes, der noch andere Schulden hat, es zur Pflicht machen muß, bevor er die Zahlung annimmt, den Schuldner ja erst öfter zu mahnen und zu drängen, selbst wenn der Schuldner bereit seyn sollte, ohne dieses öftere Drängen zu bezahlen. Denn wenn der Gläubiger auf die erste Anforderung sein Geld erhielt, während Andre, die ebenfalls mahnten, nichts erhielten, so sind nach dieser Theorie diese Anderen dadurch zur Pauliana ohne Weiteres berechtigt. Dieses führt dann consequent weiter dahin, daß ein sorgsamer Gläubiger noch nicht genug thut, wenn er selbst, bevor er die Zahlung annimmt, sich durch Mahnen wachsam beweiset, sondern er muß jedesmal, um sicher die Zahlung annehmen zu können, wie auch Gottschalk [22]) ausdrücklich bemerkt, die vigilantia der übrigen Gläubiger invigiliren. Denn wenn er selbst auch mahnte und mit der Klage drohete, und so sein Geld erhielt, so hat hiernach doch ein Anderer, der eifriger oder auch nur ebenso eifrig mahnte und nichts erhielt, die actio Pauliana gegen den Empfänger. Diesem bleibt also nichts übrig, als jeden Schritt aller übrigen Gläubiger zu beaufsichtigen, und es ihnen im Drängen des Schuldners stets zuvor zu thun, bevor er es wagen darf, die ihm dargebotene Zahlung anzunehmen. Daß das Resultat dieser Theorie ein zweckmäßiges sey, wird wohl Niemand im Ernst behaupten wollen. Es beruhet aber auf den beiden Vordersätzen:

1) Daß alles vom Schuldner animo gratificandi Ge-

Gläubigers unterscheiden wollen; es scheint aber doch, daß sie den, der häufiger mahnte, schon für wachsamer halten, und ihm deshalb schon die Pauliana gegen einen, der es seltener that, gestatten, so wie dem, der klagte, wiederum gegen den, der bloß mahnte, und ferner dem, der beim Klagen am Eifrigsten war, gegen einen Andern, der weniger eifrig klagte.

22) l. cit. pag. 378.

zahlte ohne Weiteres der Rückforderung unterliege — was schon dadurch widerlegt wird, daß Schulden Bezahlen kein Schenken ist — und

2) daß eine gratificatio jedesmal vorhanden, oder mindestens zu präsumiren sey, wenn der Schuldner nur einen von mehreren ihn gleichmäßig dringenden Gläubigern, oder den minder wachsamen befriedigte [23].

Für diesen zweiten Satz gibt es gar keinen rechtlichen Grund; auch wissen von einer solchen Präsumtion unsere Quellen nichts. Nicht einmal eine factische Präsumtion würde man so allgemein zugeben können. Denken wir uns doch nur in die Lage eines Verschuldeten hinein, der nach Umständen nur, d. h. wenn es seine Kasse erlaubt, Zahlungen leistet, und deshalb gestern und heute, weil er kein Geld hatte, allen Anforderungen mehrerer wachsamer Gläubiger unerschütterlich widerstand, während er bald darauf einem andern Gläubiger, der an einem glücklicheren Tage kommt, eine Zahlung leistet. Wenn hier die Ersten nichts erhalten, so ist freilich für sie ein unglücklicher Zufall, aber kein rechtliches Fundament zu einer actio Pauliana vorhanden. Und wie überhaupt die Hoffnung nicht leicht aus dem Herzen auch des Bedrängtesten entschwindet, so hoffen regelmäßig Verschuldete auf bessere Zeiten und glücklichere Conjuncturen, und tilgen eine Schuld, in der Hoffnung, bald auch von andern Schulden sich zu befreien. Wer kann in solchem Fall von einer Zahlung „per gratificationem" reden? Wie kann man hiervon dann sprechen, wenn der Schuldner einen der andringenden Gläubiger allein befriedigt, weil er die Fordeberung des zweiten gar nicht anerkennt, und gegen den dritten mindestens bedeutende Gegenforderungen zu haben ver-

---

23) Einige der citirten Juristen sehen hierin allerdings nur eine Präsumtion für die gratificatio; andere aber setzen darin geradezu den Begriff und das Wesen der gratificatio selbst.

meinte, wenn auch beides aus Irrthum? Und doch soll nach jener Juristen Meinung in allen solchen Fällen die Pauliana begründet, und dadurch alle Rechtssicherheit für Zahlungen, die ein Verschuldeter leistet, aufgehoben seyn: denn dieses ist das Endurtheil dieser ohne alle Berücksichtigung menschlicher Verhältnisse und rechtlicher Grundsätze aufgebaueten Doctrin.

Es hat aber diese Dortrin niemals unangefochten bestanden. Andere Juristen ließen freilich eine Anfechtung einer Zahlung und Pfandbestellung durch die Pauliana zu, verlangten aber dazu den doppelten Beweis, eines Theils, daß wirklich der Schuldner durch die Zahlung diesen Gläubiger vor den übrigen arglistig begünstigen wollte, und andern Theils, daß auch der Gläubiger dieses wußte, als er die Zahlung annahm [24]. C. F. Walch verlangte außerdem, daß der Empfänger einen wirklichen Dolus dadurch begangen, daß er andere Gläubiger verhinderte, ebenfalls für ihre Befriedigung zu sorgen, weil er durch bloße Sorge für sich niemals einen Dolus begehen könne [25]. Dagegen läugnete Weishaar, v. Almendingen und Hufeland überhaupt, daß Zahlungen, vor förmlicher Eröffnung des Concurses geleistet, durch die actio Pauliana angefochten werden können; jedoch haben sich diese Schriftsteller über datio in solutum und Pfandbestellung nicht ausgesprochen [26]. Auch Weber hielt bei Zahlungen diese Ansicht für die richtigere [27],

24) Oelze de creditore sibi vigilante (Jenae 1770). §. 25—26. Fricke lib. sing. de revocandis tam rebus alienatis quam nummis solutis imminenti aut moto concursusus judicio. (Helmst. 1777) §. 22—26. Stepf die Lehre vom Contradictor. §. 51. S. 65.

25) C. F. Walch de jure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato §. 16—20 (Opusc. T. 3. Sect. 3. exer. 9).

26) Weishaar über Concurs und Präcurs S. 34—53. v. Almendingen über den materiellen und formellen Concurs S. 81—85. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts B. II. §. 2045.

27) Weber Beiträge zu der Lehre von Klagen. Erstes Stück. S. 75. Note 5.)

vertheidigte aber bei der Pfandbestellung die gewöhnliche Gratificationstheorie theils aus den gewöhnlichen Gründen, theils aber aus andern, die in gar keiner Beziehung mit der actio Pauliana stehen [28]. Zuletzt hat auch Schweppe in der neuesten Ausgabe seines System des Concurses seine frühere Theorie aufgegeben, und angenommen, daß Zahlungen mit der Pauliana gar nicht anzufechten seyen, selbst nicht die Zahlung einer naturalis obligatio, und daß bei Vorausbezahlung einer noch nicht fälligen Schuld nur das interusurium, dieses aber ohne Rücksicht auf die Wissenschaft des Empfängers, zurückgefordert werden könne. Selbst eine datio in solutum sey gegen jede Anfechtung so gesichert, daß nur ein etwaiges lucrum rücksichtlich der Zeit oder des Preises revocirt werden könne. Auf Pfandbestellung für alte Schulden will aber auch Schweppe die Grundsätze der Schenkungen anwenden, weil eine Gegenleistung hierbei nicht vorkomme [29]. Dieses Letztere halte ich jedoch durch die obigen Bemerkungen bereits für widerlegt; das Übrige wird später in nähere Erwägung zu ziehen seyn.

§. 3.

Es wird jetzt nothwendig seyn, uns zu näherer Betrachtung der Aussprüche unserer Quellen zu wenden. In Betreff der Zahlungen selbst zweifelten die Römer, ob überhaupt darauf dieses Edict anwendbar sey. Und dieses nicht ohne Grund. Freilich lautete das Edict allgemein; und alles, in fraudem creditorum vom Schuldner Vorgenommene war, sobald der Beklagte die scientia fraudis hatte, mit Rescission bedrohet. Auch war nicht zu läugnen, daß der Schuldner sich leicht einer absichtlichen Begünstigung eines Gläubigers zum Nachtheil Anderer schuldig machen konnte. — Konnte man aber deshalb von dem Gläubiger die heroische Enthaltsamkeit ver-

28) Weber a. a. O. S. 77—83.

29) Schweppe System des Concurses §. 82 der dritten Ausgabe.

langen, daß er das ihm vom Schuldner Gebotene zurückweise? Konnte man ihn, der nur annimmt, was er nach allem Rechte zu fordern hat, überhaupt einer Widerrechtlichkeit zeihen? In dieser Beziehung stehet der Gläubiger, welcher eine Zahlung annimmt, rechtlich noch günstiger als selbst der Käufer einer Sache, indem der Gläubiger auf diesen Act seines Schuldners ein jus quaesitum, ein vollgültiges Zwangsrecht hat. Deshalb muß auch der Satz, qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, hier seine Anwendung finden. Und dieses ist auch der Grund, weshalb Labeo, nach Ulpians Relation in l. 6. §. 6. D. quae in fraudem credit (42. 8) die Anwendung der Pauliana auf Zahlungen verwarf. Ulpian sagt hier:

> Apud Labeonem scriptum est, eum qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est, eum qui quod sibi debetur receperat. Eum enim, quem praeses *invitum solvere cogat,* impune non solvere iniquum esse. Totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, *in quibus se praetor non interponit,* utputa *pignora*, venditiones.

Auf freie Handlungen hielt Labeo das Edict für anwendbar, auch wenn sie zum Zweck der Befriedigung eines Gläubigers vorgenommen waren, namentlich auf die Pfandbestellung an einen Gläubiger zum Nachtheil anderer, weil auf diese Handlung der Gläubiger kein jus quaesitum (praetor se non interponit), nicht aber auf Zahlungen, weil auf diese der Empfänger ein Zwangsrecht hat (praeses invitum solvere cogit). Wer aber ein erzwingbares Recht zu eigenem Besten ausübt, ist wegen der Folgen desselben Anderen nicht verantwortlich, wenn auch diese mittelbar dadurch Nachtheil leiden sollten.

Diese Absicht Labeos ist von den spätern Römischen Juristen rücksichtlich der Zahlungen vor Eröffnung des Concurses gebilligt. Nur wenn der Schuldner nach geschehener Immission der Gläubiger noch Zahlungen leistete, ließen sie die Pauliana zu; weil die Immission zum Zweck einer gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger geschehen war, und der

einzelne Gläubiger kein Recht mehr auf separate Befriedigung hatte, weshalb, da der Gläubiger sich nicht auf die Ausübung eines Zwangsrechts berufen konnte, der Anwendung der actio Pauliana nichts weiter entgegenstand. Dieses lehrt Ulpian im §. 7 derselben Stelle:

> Sciendum, Julianum scribere, *eoque jure nos uti*, ut qui debitam pecuniam accepit, antequam bona debitoris possideantur, *quamvis sciens prudensque debitorem non esse solvendo*, non timere hoc edictum, sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum receperit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: nec enim debuit praecipere ceteris post bona possessa, *cum jam par conditio omnium creditorum facta esset.*

Eine Anwendung von diesen Sätzen ist ferner in l. 10. §. 16. D. h. t. gemacht. Hier entscheidet Ulpian folgenden Fall. Den flüchtigen Schuldner ereilt einer der Gläubiger, und trägt glücklich sein Geld davon (abstuli ei id, quod mihi debebatur, was gar nicht sagt, daß er es ihm mit Gewalt genommen). Die Entscheidung geht dahin, es sey nach der von Julian aufgestellten Lehre zu unterscheiden, ob dieß vor oder nach ertheilter Immission geschehen sey, nur im letzten Fall sey die Pauliana begründet.

Nach diesen Stellen scheint mindestens soviel festzustehen, daß die Zahlung einer klagbaren und fälligen Schuld, wenn sie vor Eröffnung des Concurses geschah, gar nicht durch die Pauliana angefochten werden kann. Und nicht bloß als Regel ist dieses festzuhalten, sondern als eine Regel ohne Ausnahme, da theils die Anwendbarkeit der Klage auf solche Zahlungen überhaupt geläugnet wird, theils aber auch der dafür angeführte Entscheidungsgrund jede Ausnahme ausschließt. Entscheidend spricht endlich gegen die Gratificationstheorie noch die l. 25. §. 1. D. h. t. Hier sagt Venulejus, der Ehemann, welchem von seinem insolventen Schwiegervater animo fraudandi, aber ohne daß er selbst dieses

wußte, eine dos bestellt wurde, könne nicht mit der Pauliana belangt werden, so wenig wie ein Gläubiger, dem eine Schuld bezahlt sey. Diese Stelle spricht wenigstens entschieden gegen die Gratificationstheorie, wiewohl sie im Übrigen möglicher Weise eine doppelte Auslegung zuläßt, je nachdem man geneigt wäre, in den entscheidenden Worten aus dem Vorhergehenden zu suppliren, daß der Gläubiger die Zahlung bona fide angenommen, oder, was nach dem Früheren das einzig Zulässige ist, jenen Ausspruch absolut auffaßt. Außerdem hat man noch die l. 24. D. de peculio hieher bezogen. Jedoch scheint diese Stelle ohne alles Gewicht für unsere Frage zu seyn. Es ist von Jemanden die Rede, der de peculio von einem Gläubiger in Anspruch genommen wird, und diesen befriedigt, während er muthmaßen durfte, daß sich noch ein anderer Gläubiger melden würde. Wenn nun gesagt wird, daß in dieser Zahlung keine arglistige Verminderung des Peculiums gesehen werden könne, so verstehet sich dieses in dem gegebenen Falle von selbst, ist aber an sich für unsere Streitfrage ohne Bedeutung, um so mehr, da bei dem Peculium der Rechtssatz gilt: occupantis melior est conditio.

(Beschluß im nächsten Hefte.)